Bulletin d'actualité

81-5F

Les fusionnements et monopoles : aspects juridiques

Margaret Smith

Division du droit et du gouvernement

Le 22 mai 1981
Révisé le 15 septembre 1988

Bibliothèque du Parlement
Library of Parliament

Service de recherche

89-05413/

Le Service de recherche de la Bibliothèque du Parlement travaille exclusivement pour le Parlement, effectuant des recherches et fournissant des informations aux parlementaires et aux comités du Sénat et de la Chambre des communes. Entre autres services non partisans, il assure la rédaction de rapports, de documents de travail et de bulletins d'actualité. Les attachés de recherche peuvent en outre donner des consultations dans leurs domaines de compétence.

© Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1989

N° de cat. YM32-1/81-5-1988-09F

ISBN 0-660-92581-8

N.B. Dans ce bulletin, tout changement d'importance fait depuis la dernière publication est indiqué en **caractères gras**.

THIS DOCUMENT IS ALSO PUBLISHED IN ENGLISH

CANADA

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

LES FUSIONNEMENTS ET MONOPOLES: ASPECTS JURIDIQUES

DÉFINITION DU SUJET

Entre 1945 et 1949, on comptait moins de 60 fusionnements par année au Canada. Au cours des années 60, la moyenne était de 253 fusionnements par année, tandis qu'entre 1977 et 1984, elle s'établissait à plus de 495. Depuis 1975, les 100 plus importantes compagnies canadiennes ont pris part à plus de 150 fusionnements et prises de contrôle. Plus du quart de la croissance de ces sociétés est attribuable à des transactions financières plutôt qu'à la création de nouveaux produits ou à la croissance du marché. Étant donné la concentration accrue de pouvoirs dans l'économie canadienne au cours des dernières années, la nécessité d'une politique sur les fusionnements et les monopoles est redevenue une des plus importantes questions d'actualité.

CONTEXTE ET ANALYSE

La législation sur la concurrence existe au Canada depuis 1889. Les lois régissant la concurrence sur le marché sont fondées sur le postulat que la concurrence qui s'exerce entre les entreprises est profitable aussi bien à l'économie qu'à la société. En conséquence, tout comportement anticoncurrentiel est proscrit, dans la mesure où son influence sur l'économie est préjudiciable à l'intérêt public.

Les termes "fusion" (remplacé depuis par "fusionnement") et "monopole" ont été introduits dans la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions en 1910. On considérait qu'une entité commerciale issue d'une fusion ou occupant une position dominante sur le marché pouvait exercer son pouvoir d'une façon injuste, ce qui pouvait au bout du compte être préjudiciable à l'intérêt public.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

La Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, qui interdisait les fusionnements et monopoles préjudiciables à l'intérêt public, ne s'est pas révélée un moyen efficace d'empêcher les abus de pouvoir économique. Les procédures prises ont rarement donné des résultats satisfaisants, même dans les cas évidents de monopole. Au cours des années 60, sans doute conscient de l'inutilité des poursuites judiciaires, le directeur des enquêtes et recherches de la Division des enquêtes sur les coalitions a eu recours à un programme de conformité visant à détecter les fusionnements et monopoles nuisibles. En 1966, il a énoncé dans un document intitulé "Point de vue du directeur au sujet de la loi sur les fusions" les douze critères servant à déterminer si un fusionnement ou un monopole risquait de limiter la concurrence au détriment de l'intérêt public. Ces critères portaient notamment sur le niveau de concentration de l'industrie, les obstacles aux nouveaux venus, l'état de la concurrence sur le marché, les fusionnements effectués dans le passé par une entreprise qui en acquiert une autre, toute preuve de l'intention de limiter la concurrence, toute preuve d'accroissement d'efficacité découlant d'un fusionnement et toute forme de préjudice, comme les profits excessifs, résultant d'un fusionnement. Le rôle du directeur consistait donc à contrôler les fusionnements et monopoles en donnant des avertissements plutôt qu'en faisant interpréter la jurisprudence dans le cadre de procédures supplémentaires.

Au fil des ans, il est devenu manifeste que les entreprises ne craignaient pas les interdictions en matière de monopole et de fusionnement. Voici quelques exemples d'activités qui ont eu lieu sans que la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions soit invoquée: l'acquisition par la Compagnie de la baie d'Hudson des sociétés Simpson's et Zellers et son propre rachat par Thomson; le point de vue des sociétés Southam Inc. et Thomson Newspapers - confirmé par leur acquittement en décembre 1983 - selon lequel elles pouvaient réorganiser leurs sphères d'influence respectives dans le domaine de la publication de journaux sans violer les dispositions de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions; enfin, l'empressement manifesté par les deux plus importantes sociétés immobilières du Canada, Bramalea Ltd. et Cadillac Fairview, pour discuter

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

de leur fusionnement, qui aurait créé la plus grande société immobilière du monde. Cette énumération serait incomplète si on ne mentionnait pas la tentative de Power Corporation, au milieu des années 70, de prendre le contrôle d'Argus, ce qui a entraîné la création de la Commission royale d'enquête Bryce sur les groupements de sociétés.

Il semble que les sociétés Thomson et Southam avaient tout lieu de croire, lorsqu'elles ont conclu les transactions qui ont provoqué la fermeture du Journal d'Ottawa, du Tribune de Winnipeg et du Star de Montréal, qu'elles ne couraient pas grand risque d'être reconnues coupables d'avoir exercé un monopole illégal dans le domaine des journaux ou d'avoir fusionné illégalement. En 1976, par sa décision dans l'affaire R. c. K.C. Irving Ltd., la Cour suprême du Canada a sonné le glas de la politique sur les fusionnements énoncée dans la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions. Pour l'essentiel, la Cour a jugé que la création d'un monopole par voie de fusionnement etait légale, même si tous les concurrents s'en trouvaient supprimés, pourvu que le fusionnement ou le monopole qui en résultait ne cause pas de préjudice particulier du point de vue de l'intérêt public. La Loi relative aux enquêtes sur les coalitions s'est donc révélée totalement inefficace comme moyen de faire face aux conséquences économiques des fusionnements et des monopoles.

A. Facteurs politiques

Bien que la taille d'une entreprise puisse être un facteur digne de mention, du fait qu'elle peut lui conférer une grande puissance commerciale, la tendance à confondre monopole et taille absolue est trompeuse. Les facteurs déterminants sont plutôt l'importance du vendeur par rapport au marché et sa capacité réelle ou potentielle d'utiliser sa puissance pour influencer les prix et l'état de l'offre. Cette capacité comprend généralement la possibilité d'influencer le comportement de rivaux et d'étouffer toute nouvelle concurrence. Les marchés peuvent être de dimension locale, nationale ou mondiale et varier considérablement pour ce qui est de leur importance économique. Les facteurs propices à l'exercice d'un monopole sur ces marchés sont nombreux et variés: économie

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

de technique ou d'organisation, contrôle des ressources limitées ou des points de mise en marché, identification du client à l'entreprise ou au produit, création d'un cartel ou restrictions commerciales imposées par le gouvernement. La politique sur la concurrence ne concerne pas que l'existence et l'utilisation du monopole, mais aussi sa création et sa propagation. Il faut, pour formuler une politique appropriée, tenir compte de plusieurs facteurs.

Pourquoi évaluer: Une politique sur les fusionnements et les monopoles se justifie en premier lieu par l'effet que ces activités peuvent avoir sur l'économie. Seules les activités nuisibles doivent être identifiées et réglementées.

Qui évalue: Faut-il confier à la justice ou à un tribunal administratif la responsabilité d'examiner les fusionnements et monopoles? Le tribunal administratif a comme avantage la rapidité des procédures et la compétence des juges. En outre, toute loi sur la concurrence soulève des questions économiques complexes qu'il vaut peut-être mieux confier à des personnes spécialisées dans le domaine des prévisions économiques.

Quand intervenir: Il existe deux possibilités. Premièrement, on peut évaluer le fusionnement ou le monopole contesté dès sa création, de façon à prévenir tout effet pouvant nuire à la concurrence. Ce processus pourrait comporter, dans certains cas, la nécessité d'aviser l'autorité compétente de toute réorganisation projetée d'une entreprise et d'imposer une période d'attente afin que l'organisme compétent étudie le projet. L'autre possibilité est d'intervenir une fois le fait accompli. La Loi relative aux enquêtes sur les coalitions comportait bien certaines dispositions préventives, mais elle n'avait en fait qu'une action rétrospective.

Quels fusionnements et monopoles sont examinés: Étant donné que la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions ne visait pas à régir tous les monopoles ou fusionnements, mais seulement ceux qui étaient nuisibles à l'intérêt public en raison de leurs effets ou de leurs conséquences pour la concurrence, il y aurait lieu d'établir des critères permettant d'identifier quels monopoles ou fusionnements doivent être examinés, afin de les interdire au besoin. Par exemple, on pourrait fixer

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

un seuil fondé sur la taille de la nouvelle entreprise créée par le fusionnement (mesurée selon ses ventes ou son actif) ou sur la part du marché détenue par la ou les entreprises en cause. Les fusionnements ou monopoles répondant aux critères établis seraient sujets à révision. Bien qu'une telle règle comporte une part d'arbitraire, elle permettrait d'appliquer la loi avec une certaine certitude, ce que recherche à coup sûr le monde des affaires. L'autre solution consisterait à éviter de fixer un seuil et à s'en remettre à des critères moins objectifs.

Façon de procéder: Jusqu'à la promulgation de la Loi sur la concurrence, les lois sur les coalitions ont prévu des sanctions pénales imposées à la suite de procès au criminel. Le recours exclusif au droit pénal était un obstacle à la mise en oeuvre d'une politique sur la concurrence et a contribué à rendre les lois et leur application rigides et inflexibles. Pour une accusation au criminel, la Couronne devait pouvoir établir la preuve suivant des normes très strictes, qui étaient incompatibles avec la nature de la preuve économique présentée aux tribunaux et les types de décisions que ceux-ci devaient prendre au sujet de la légalité des fusionnements et monopoles. La procédure criminelle était lente, coûteuse et lourde. C'est pourquoi, dans l'élaboration de la politique relative aux fusionnements et aux monopoles, la procédure civile a été jugée préférable.

B. La Loi relative aux enquêtes sur les coalitions

Avant la promulgation de la Loi sur la concurrence, la légalité des fusionnements et des monopoles était régie par l'article 33 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions. Aux termes de cette loi, il y avait fusionnement lorsqu'une personne ou une entreprise acquérait un intérêt quelconque dans une autre entreprise; il y avait monopole lorsqu'une ou plusieurs personnes ou entreprises contrôlaient une partie importante du marché. Tous les monopoles et fusionnements n'étaient pas interdits; seuls l'étaient les fusionnements qui limitaient ou étaient susceptibles de limiter la concurrence au détriment de l'intérêt public et les monopoles qui nuisaient à ce dernier ou pouvaient lui nuire.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Des lois régissant les fusionnements et les monopoles existaient depuis de nombreuses années, mais le procureur général du Canada n'avait réussi à obtenir que peu de condamnations contre des des personnes ou entreprises accusées de les avoir enfreintes. Avant la Seconde Guerre mondiale, il semble qu'on n'a tenté qu'une fois d'obtenir une condamnation aux termes de l'article 33, et le défendeur a été acquitté. En 1953, la société Eddy Match Co. a été reconnue coupable d'avoir exercé un monopole. En 1960, la Sugar Refining Co. de Colombie-Britannique et la Canadian Breweries ont été acquittées d'accusations de monopole portées aux termes de l'article 33. En 1970, la Electric Reduction Co. (produits chimiques industriels) a plaidé coupable à une accusation de monopole. En 1976, les sociétés General Electric du Canada, Westinghouse du Canada et GTE Sylvania du Canada (lampes de grandes dimensions) ont été acquittées d'accusations de monopole, tout comme la K.C. Irving Ltd. (journaux). L'affaire Irving est importante du fait qu'elle a pratiquement sonné le glas de l'article 33 comme moyen de contrôle efficace des fusionnements et monopoles nuisibles à la concurrence.

Le fait d'être partie à un fusionnement ou à un monopole en violation de l'article 33 constituait un acte criminel. Aussi la Cour devait-elle être convaincue "au-delà de tout doute raisonnable" de l'existence de tous les éléments de l'infraction. Dans le cas des fusionnements, la Couronne devait prouver au-delà de tout doute raisonnable que le fusionnement portait atteinte ou était susceptible de nuire à la concurrence, au détriment de l'intérêt public; pour ce qui est des monopoles, elle devait prouver au-delà de tout doute raisonnable que cette activité nuisait ou était susceptible de nuire à l'intérêt public. Les monopoles étant censés limiter la concurrence, leur définition ne devait pas nécessairement faire mention de cette caractéristique.

La jurisprudence de l'article 33 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions établissait un certain nombre de règles:

(1) La seule existence d'un monopole n'était pas en soi une preuve d'atteinte à l'intérêt public. La Couronne devait prouver hors de tout doute raisonnable l'existence du monopole et l'atteinte à l'intérêt public en résultant (voir R. c. K.C. Irving Ltd., Cour

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

suprême du Canada). Cette règle constituait une véritable pierre d'achoppement. Dans l'affaire de la Canadian General Electric en 1970, un groupe contrôlait 95 p. 100 du marché d'un secteur d'activité, et, dans l'affaire Irving, l'accusé contrôlait 100 p. 100 du marché. Or, aucune condamnation n'a été prononcée, la Couronne ayant été incapable de prouver au-delà de tout doute raisonnable qu'il y avait atteinte à l'intérêt public.

(2) Une réduction de concurrence résultant d'un fusionnement ou d'un monopole ne nuisait pas nécessairement à l'intérêt public, pourvu que l'activité contestée n'empêche pas d'autres concurrents de prendre leur part du marché (voir R. c. B.C. Sugar Refining Co., Cour suprême de la Colombie-Britannique).

(3) Le seul fait d'acquérir les intérêts d'un concurrent, même dans le but de l'éliminer, n'est pas illégal en soi si d'autres groupes pouvaient continuer de faire concurrence (voir R. c. Canadian Breweries Ltd., Haute Cour de justice de l'Ontario).

(4) Il pouvait exister certains monopoles regroupant un nombre limité de personnes ou d'entreprises indépendantes qui agissaient dans le but de s'accaparer un marché tout en se livrant concurrence entre elles (R. c. Canadian General Electric Ltd., Haute Cour de justice de l'Ontario).

(5) Avant de déterminer si un monopole nuisait à l'intérêt public, il importait de vérifier si un organisme gouvernemental y avait participé; le cas échéant, le monopole pouvait être considéré comme ne portant pas atteinte à l'intérêt public (R. c. Canadian Breweries Ltd.)

(6) L'atteinte à l'intérêt public devait résulter directement de la diminution de la concurrence attribuable à l'existence du monopole ou du fusionnement en cause et non pas à un autre aspect des méthodes employées par l'entreprise incriminée, par exemple sa politique des prix (voir R. c. Canadian Breweries Ltd.).

(7) La nécessité d'établir la preuve hors de tout doute raisonnable rendait pratiquement impossible de prouver l'existence d'un monopole ou d'un fusionnement illégal à moins que la ou les entreprises en

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

cause n'aient fonctionné depuis assez longtemps. Si l'accusé n'avait pas d'antécédents, il était peu vraisemblable que le tribunal puisse être convaincu qu'il avait agi illégalement, c'est-à-dire au détriment de l'intérêt public (R. c. K.C. Irving Ltd.). Il existait au départ une incompatibilité entre la notion, en droit criminel, de "preuve au-delà de tout doute raisonnable" et la prévision économique d'un "préjudice probable". En conséquence, l'effet préventif de l'article 33 était négigeable.

(8) Le droit canadien considérait les monopoles comme anodins, c'est-à-dire comme n'étant, en soi, ni inoffensifs, ni nuisibles.

C. Projets de réforme

C'est en 1966 que s'est amorcée la réforme des dispositions de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions concernant les fusionnements et les monopoles, lorsque le gouvernement de l'époque a demandé au Conseil économique du Canada de rédiger un rapport sur la politique canadienne de la concurrence. Dans ce rapport, déposé en 1969, le Conseil proposait des réformes de grande envergure, aux termes desquelles les fusionnements et monopoles devaient relever de la procédure civile plutôt que criminelle, un tribunal spécialisé étant créé pour juger ces questions.

En 1971, le ministre de la Consommation et des Corporations a présenté le projet de loi C-256 à la Chambre des communes. Le monde des affaires s'y est vivement opposé, car il aurait modifié considérablement la législation sur la concurrence. Devant ce tollé de protestations, le gouvernement a proposé une refonte en deux étapes de la législation existante. Les modifications de la première étape, présentées en 1973, ont notamment permis d'assujettir les services aux dispositions de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, d'introduire un certain nombre de questions pouvant faire l'objet d'un examen au civil et de prévoir des dispositions concernant la publicité trompeuse, le fixation des prix de revente et les complots. Ces modifications sont entrées en vigueur le 1er janvier 1976.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Déposés en 1977, les projets de loi C-42 et C-13 (version révisée du projet de loi C-42) traitaient, entre autres, des fusionnements et monopoles. Ils ont été vertement condamnés par le monde des affaires, les milieux universitaires et les comités de la Chambre des communes et du Sénat chargés de les étudier. Les critiques formulées au sujet du projet de loi C-13 relativement aux fusionnements et aux monopoles portaient essentiellement sur la complexité des dispositions déterminant le caractère illégal des fusionnements et monopoles, l'incertitude probable qui en résulterait, le recours à un organisme administratif plutôt qu'aux tribunaux comme première instance chargée d'appliquer la loi, les vastes pouvoirs conférés à cet organisme et le droit limité d'en appeler de ses décisions devant les tribunaux. Afin de sonder l'opinion de ceux que touchait la législation sur la concurrence, le ministère de la Consommation et des Corporations a publié et diffusé en 1981 un document de travail intitulé "Propositions en vue de modifier la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions: Cadre de discussion". De nombreuses consultations ont eu lieu dans le monde des affaires et les milieux universitaires et législatifs. La nouvelle législation sur la concurrence n'est toutefois apparue qu'en avril 1984, lorsque le projet de loi C-29 a été déposé à la Chambre des communes. Ce projet de loi a toutefois expiré au Feuilleton avec le déclenchement des élections fédérales de 1984.

Le 17 décembre 1985, le projet de loi C-91, composé de la Loi sur le Tribunal de la concurrence et de modifications à la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions (rebaptisée Loi sur la concurrence), franchissait l'étape de la première lecture à la Chambre des communes. Présenté après des consultations approfondies des milieux d'affaires et juridiques, il a reçu la sanction royale le 17 juin 1986 et est entré en vigueur le 19 juin de la même année, sauf pour ce qui est des dispositions concernant les avis, énoncées aux articles 80 à 95, qui sont entrées en vigueur par proclamation le 15 juillet 1987.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

D. Loi sur le Tribunal de la concurrence et Loi sur la concurrence

Aux termes de la Loi sur la concurrence, les fusionnements et les monopoles (dorénavant appelés abus de position dominante) relèvent de la procédure civile et non plus de la procédure criminelle. L'autorité habilitée à juger doit déterminer si la concurrence est sensiblement diminuée en tenant compte de la prépondérance des probabilités plutôt que du critère du doute raisonnable. La procédure civile offre une plus grande souplesse, tout indiquée pour les cas qui ne peuvent faire l'objet d'interdictions absolues et qu'il faut examiner individuellement, compte tenu de leurs répercussions économiques sur les pratiques ou les structures commerciales.

Qui évalue: Aux termes de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, on disposait de deux instances de décision: les tribunaux et la Commission sur les pratiques restrictives du commerce (CPRC). Les tribunaux étaient appelés à juger les affaires criminelles, y compris les questions de fusionnement et de monopole, tandis que la CPRC était habilitée à juger certaines questions relevant du droit civil.

La Loi sur le Tribunal de la concurrence prévoit l'abolition de la CPRC et la création d'un Tribunal de la concurrence, composé de juges de la Division de première instance de la Cour fédérale et d'autres membres. Le Tribunal est habilité à entendre et à juger les causes touchant, entre autres, les fusionnements et les monopoles. Il est simplement appelé à rendre des décisions et n'exécutera pas les autres fonctions qui incombaient antérieurement à la CPRC, par exemple autoriser le Directeur des enquêtes et recherches ("le Directeur") à exercer ses pouvoirs d'enquête officielle et à effectuer des enquêtes de caractère général.

Les requêtes présentées au Tribunal doivent être entendues par au moins trois mais au plus cinq membres. Les séances, auxquelles doivent assister au moins un juge et un autre membre, sont présidées par un juge. Seuls les juges sont habilités à trancher les questions de droit, tandis que tous les membres du Tribunal ont compétence pour trancher les

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

questions de fait ou de droit et de fait. Il est possible d'en appeler des décisions devant la Cour d'appel fédérale.

La Loi sur le tribunal de la concurrence a mis un terme au débat sur les instances chargées de juger les questions de concurrence. Certains avaient proposé de s'en remettre aux tribunaux ordinaires, tandis que d'autres préconisaient le recours à un tribunal spécialisé dans les questions commerciales et économiques. En établissant un tribunal quasi judiciaire, la loi reconnaît que l'opinion de personnes qui connaissent bien les questions économiques et commerciales est indispensable à la prise de décisions.

Quand intervenir: La Loi sur la concurrence exige que les parties à certains fusionnements donnent un préavis de la transaction lorsque leurs éléments d'actifs ou leurs revenus provenant de ventes dépassent certains seuils. Le préavis exigé pour certains projets de fusionnement permet de faire un examen et une évaluation des transactions afin de déceler d'éventuelles contraventions à la loi. Il est indispensable si l'on veut effectuer une analyse exhaustive des fusionnements importants et complexes, d'autant que les recours pour rétablir le statu quo après un fusionnement se sont avérés inefficaces.

Aux termes de la loi, le Tribunal de la concurrence a le pouvoir d'interdire l'exécution d'un projet de fusionnement ou d'ordonner la dissolution d'un fusionnement réalisé lorsqu'il diminue sensiblement la concurrence ou aura vraisemblablement cet effet.

Dans les cas d'abus de position dominante, le Tribunal peut interdire à quelqu'un de se livrer à des agissements anticoncurrentiels qui auraient pour effet de diminuer sensiblement la concurrence.

Quels fusionnements ou monopoles sont examinés:

a) Fusionnements

Tout fusionnement qui empêche ou diminue sensiblement la concurrence ou est de nature à avoir cet effet peut faire l'objet d'un examen. Le projet de loi est ainsi axé sur les répercussions du fusionnement.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Pour déterminer si la concurrence serait sensiblement réduite, le Tribunal de la concurrence doit tenir compte d'un certain nombre de facteurs, comme l'importance des répercussions du fusionnement pour la concurrence étrangère sur le marché, la déconfiture vraisemblable de l'une des parties, l'existence de produits de substitution, les obstacles empêchant d'accéder à un marché particulier, la possibilité que le fusionnement entraîne la disparition d'un concurrent efficace, la portée des innovations sur le marché et la mesure dans laquelle il y aurait encore de la concurrence réelle dans un marché touché par le fusionnement.

Le Tribunal ne peut conclure qu'un fusionnement empêchera ou diminuera sensiblement la concurrence seulement d'après les critères de la concentration ou de la part du marché. La loi contient des garanties pour les cas où le fusionnement entraîne des gains en efficacité supérieurs aux coûts occasionnés par une réduction de la concurrence.

Les entreprises à risques partagés sont assujetties aux dispositions qui ont trait aux fusionnements, sauf certaines qui visent à mettre en oeuvre un projet spécial ou un programme de recherche et de développement.

La loi exige que les parties à certains projets de fusionnement donnent un préavis de la transaction lorsqu'elles-mêmes et leurs affiliées ont des éléments d'actifs ou ont réalisé des revenus de ventes au Canada ou en provenance de celui-ci dont la valeur totale dépasse 400 millions de dollars, et lorsque les entreprises acquises ont des éléments d'actifs ou des revenus bruts de ventes qui dépassent 35 millions de dollars. Certaines transactions, comme l'acquisition d'actions ou d'éléments d'actifs résultant d'une forclusion, d'un don ou de dispositions testamentaires et les transactions entre parties qui sont affiliées, sont soustraites aux exigences concernant le préavis. Les fusionnements qui doivent faire l'objet d'un préavis ne peuvent être exécutés avant l'expiration d'un certain délai (7 jours ou 21 jours, selon l'importance des renseignements fournis).

L'efficacité des dispositions de la loi relatives aux fusionnements dépendra de l'interprétation que le Tribunal donnera d'une concurrence "sensiblement" réduite. Il s'agit essentiellement d'empêcher

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

les fusionnements qui auraient des conséquences économiques néfastes, tout en permettant ceux qui n'auraient pas de grandes répercussions sur la concurrence. Selon la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, le fusionnement contesté devait diminuer la concurrence au détriment de l'intérêt public. Dans leur interprétation de ce critère, les tribunaux ont conclu que le fusionnement devait créer, à toutes fins pratiques, un monopole, ce qui en rendait l'interdiction inopérante. L'adoption du critère de la diminution sensible de la concurrence devrait rendre la loi plus efficace et permettre de résoudre un bon nombre des difficultés causées par les tribunaux, qui empêchaient d'avoir une politique ferme en matière de fusionnement.

b) Monopoles

La Loi sur la concurrence abroge la disposition de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions qui avait trait aux monopoles pour la remplacer par la disposition de droit civil sur l'abus de position dominante. Il y a abus de position dominante quand les conditions suivantes sont réunies: 1) une ou plusieurs personnes contrôlent sensiblement ou complètement une catégorie d'entreprises au Canada ou dans l'une de ses régions; 2) cette ou ces personnes se livrent à une pratique d'agissements anticoncurrentiels; et 3) la pratique a pour effet de diminuer sensiblement la concurrence dans un marché. La loi donne une liste d'agissements jugés anticoncurrentiels, comme: la compression, par des fournisseurs intégrés verticalement, des marges bénéficiaires accessibles à des clients non intégrés; l'acquisition d'un client par un fournisseur, ou vice versa, dans le but de faire obstacle à son entrée dans un marché ou de l'éliminer d'un marché; la péréquation du fret; l'utilisation temporaire de marques de combat; l'achat de produits dans le but d'empêcher l'érosion des structures de prix existantes; l'adoption de normes incompatibles pour des produits; la préemption d'installations rares; le fait d'inciter un fournisseur à ne vendre uniquement ou principalement qu'à certains clients; et le fait de vendre à un prix inférieur au coût d'acquisition dans le but de discipliner ou d'éliminer un concurrent.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Pour déterminer si une pratique a pour effet de diminuer sensiblement la concurrence, le Tribunal doit évaluer si elle est le résultat d'un rendement concurrentiel supérieur. L'existence d'un tel rendement ne prouve pas de façon irréfutable qu'il n'y a pas eu abus de position dominante, mais il est probable que si l'on détermine que des agissements anticoncurrentiels en ont résulté, on pourra difficilement conclure qu'il y a bel et bien eu diminution sensible de la concurrence.

Les ordonnances que le Tribunal de la concurrence peut rendre en cas d'abus de position dominante ne doivent prescrire que les recours qui suffiront à enrayer les effets de toute pratique anticoncurrentielle et à rétablir la concurrence sur le marché. Le Tribunal peut rendre différentes ordonnances, interdisant aux personnes concernées de se livrer à des pratiques anticoncurrentielles ou enjoignant à une partie de prendre les mesures nécessaires en vue d'enrayer les effets de telles pratiques, notamment en se départissant d'éléments d'actifs ou d'actions.

Les dispositions concernant l'abus de position dominante mettent l'accent sur les effets réels des agissements anticoncurrentiels. Par ailleurs, l'idée d'intention est présente dans la liste de ces agissements, qui figure à l'art. 50 de la loi, du fait de l'emploi des expressions "dans le but de", "afin de" et "destiné à". Il semblerait donc que le Directeur doive prouver tant l'intention que l'effet pour permettre au tribunal de conclure qu'il y a eu abus de position dominante. Pareille exigence pourrait entraver l'efficacité de ces dispositions.

c) Banques et sociétés d'État

Par suite des changements dont elle avait fait l'objet en 1976 et des modifications apportées à la Loi sur les banques en 1980, la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions régissait la concurrence entre les institutions financières, sauf dans le cas d'accords et de fusionnements bancaires.

La Loi sur la concurrence étend aux banques les dispositions sur les fusionnements, sous réserve du pouvoir accordé au ministre des Finances d'approuver et de certifier que l'opération est souhaitable dans l'intérêt du système financier.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Pour contourner l'effet de la décision rendue dans l'affaire Eldorado Nucléaire/Uranium Canada, où la Cour suprême du Canada a jugé que les sociétés d'État, mandataires de Sa Majesté, n'étaient pas assujetties à la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, la Loi sur la concurrence renferme une disposition (art. 2.1) qui étend l'application de la loi aux activités commerciales de ces sociétés. Leurs activités de réglementation continueront toutefois d'y échapper.

E. Application de la loi

Par suite de la création du Tribunal de la concurrence et des nouvelles dispositions de la Loi sur la concurrence concernant le fusionnement et l'abus de position dominante, de nouveaux litiges vont sûrement se présenter et la jurisprudence canadienne en matière de concurrence devrait s'enrichir considérablement. Jusqu'à présent, le Tribunal n'a rendu qu'une seule décision, dans l'affaire Palm Dairies, où quatre coopératives laitières de l'Ouest se sont concertées pour acheter un gros concurrent. Après avoir négocié la forme du projet de fusionnement avec les parties, le Directeur des enquêtes et recherches a demandé au Tribunal de rendre une ordonnance approuvant la fusion, mais le Tribunal, qui n'était pas convaincu que l'ordonnance servirait efficacement les objectifs de la loi, s'y est refusé.

Plus récemment, le Directeur a demandé au Tribunal de rendre une ordonnance pour dissoudre des fusionnements qui ont eu lieu dans l'industrie de l'équarrissage des animaux au Québec. Les parties aux fusionnements ont intenté une action devant la Cour supérieure du Québec pour contester la constitutionnalité de la Loi sur le Tribunal de la concurrence et de la Loi sur la concurrence, au motif que le Parlement aurait outrepassé ses pouvoirs. Les parties contestent la Loi sur le tribunal de la concurrence et certaines dispositions de la Loi sur la concurrence en invoquant la Charte canadienne des droits et libertés.

Bien que le Tribunal de la concurrence n'ait encore rendu qu'une seule décision finale, le Directeur des enquêtes et recherches a examiné un nombre imposant de transactions de fusionnement. Au cours de

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

l'exercice 1987-1988, il a entrepris l'examen de 146 transactions de fusionnement, dont quatre ont été restructurées, deux ont été abandonnées pour des raisons liées à la position du Directeur et deux ont donné lieu à la présentation de demandes au Tribunal de la concurrence. En juin 1988, le nombre de demandes présentées au Tribunal était passé à cinq.

MESURES PARLEMENTAIRES

A. Projet de loi de 1971 sur la concurrence

Les mesures gouvernementales en matière de réforme ont débuté en 1971 avec la présentation du projet de loi C-256 au Parlement. Le projet de loi reprenait les recommandations faites en 1969 par le Conseil économique du Canada au sujet des fusionnements et monopoles. Le monde des affaires s'est vivement opposé au projet de loi, et plus de 190 mémoires ont été présentés au ministre. En juillet 1973, on a annoncé que la révision de la politique de la concurrence au Canada s'effectuerait en deux étapes et que les modifications à la loi concernant les fusionnements et monopoles se feraient à la seconde étape.

B. Projets de loi de 1977 sur la concurrence

En mars 1977, le projet de loi C-42 (seconde étape de la révision) a été déposé au Sénat. Plus tard dans le courant du mois, il a été renvoyé au Comité permanent des finances, du commerce et des questions économiques de la Chambre des communes. Quarante-trois sociétés et trente-huit associations commerciales ont présenté des mémoires au Comité et, en août 1977, ce dernier a publié un rapport dans lequel il formulait un certain nombre de recommandations au sujet des dispositions en matière de fusionnements et de monopoles. Après avoir entendu huit organismes, le Comité a publié en juillet 1977 un rapport provisoire sur le projet de loi C-42, dans lequel il recommandait des modifications aux dispositions du projet de loi concernant les fusionnements et monopoles. En novembre 1977, le projet de loi C-13, qui comprenait plusieurs des modifications aux

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

dispositions concernant les fusionnements et monopoles proposées dans le projet de loi C-42, était déposé au Parlement. Le projet de loi a été renvoyé au Comité sénatorial permanent des banques et du commerce le 23 novembre 1977. Le rapport du Comité, publié le 29 juin 1978, recommandait que le projet de loi soit retiré et réétudié. Le projet de loi a été abandonné après l'étape de la première lecture.

C. Projet de loi de 1984 sur la concurrence

Le 2 avril 1984, le projet de loi C-29, modifiant la législation sur les fusionnements et les monopoles, a été adopté en première lecture à la Chambre des communes. Le projet de loi est resté en plan au Feuilleton au moment du déclenchement des élections.

D. Projet de loi de 1985 sur la concurrence

Le 17 décembre 1985, le projet de loi C-91 a été déposé à la Chambre des communes. Il a reçu la sanction royale le 17 juin 1986 et est entré en vigueur le 19 juin 1986, sauf pour ce qui est des articles 80 à 95 (qui portent sur l'avis préalable au fusionnement), qui sont entrés en vigueur par proclamation le 15 juillet 1987.

CHRONOLOGIE

1923 - Des dispositions visant à contrôler les fusionnements sont incluses dans la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions.

1960 - La Couronne perd deux importantes causes relatives aux fusionnements, celle de Canadian Breweries Ltd. et celle de la British Columbia Sugar Refining Co. Ltd.

juillet 1969 - Le Conseil économique du Canada publie son Rapport provisoire sur la politique de la concurrence dans lequel il recommande l'adoption d'une nouvelle loi visant à contrôler les fusionnements et les monopoles.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

juin 1971 - Le projet de loi C-256, proposant certaines modifications à la législation sur les fusionnements et les monopoles, est déposé au Parlement.

juin 1973 - Le ministre de la Consommation et des Corporations annonce que la refonte de la législation sur la concurrence se fera en deux étapes et que les propositions de propositions de modification des dispositions relatives aux fusionnements et aux monopoles seront examinées à la deuxième étape.

juin 1976 - Le rapport intitulé Évolution dynamique et responsabilité dans une économie de marché au Canada est publié par un comité indépendant nommé par le ministre de la Consommation et des Corporations. Il recommande diverses modifications à la législation canadienne sur les fusionnements et les monopoles.

novembre 1976 - La Cour suprême du Canada rend, dans l'affaire K.C. Irving, une décision qui enlève pratiquement tout effet aux dispositions de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions concernant les fusionnements et les monopoles.

mars 1977 - Le projet de loi C-42, qui propose certaines modifications à la législation sur les fusionnements et les monopoles, est déposé au Parlement.

6 juillet 1977 - Le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce publie son rapport provisoire sur le projet de loi C-42.

5 août 1977 - Le Comité permanent des finances, du commerce et des affaires économiques de la Chambre des communes publie son rapport sur le projet de loi C-42.

18 novembre 1977 - Le projet de loi C-13, qui reprend plusieurs des modifications proposées dans le projet de loi C-42, est déposé au Parlement.

15 mai 1978 - Le Rapport de la Commission royale d'enquête sur la concentration des entreprises est publié. Il comporte un certain nombre de considérations générales sur la politique relative aux fusionnements et monopoles ainsi qu'une analyse critique du projet de loi C-13.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

29 juin 1978 - Le Comité sénatorial permanent des banques et du commerce publie son rapport sur le projet de loi C-13.

3 septembre 1980 - La Commission Kent est créée afin d'enquêter au sujet de la concentration de la propriété dans l'industrie des journaux et des effets de la fermeture de journaux sur le public.

27 février 1981 - Le rapport intitulé État de la concurrence dans l'industrie pétrolière au Canada est publié par le ministère de la Consommation et des Corporations. Selon ce rapport, les entreprises pétrolières ont limité la concurrence au détriment des Canadiens.

avril 1981 - Le ministère de la Consommation et des Corporations rédige et diffuse un document d'étude proposant des modifications (étape deux) à la législation sur la concurrence.

- Thomson Newspapers et Southam Inc. sont accusées d'avoir enfreint la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions en violant notamment l'article 33 de la loi, régissant les fusionnements et les monopoles.

mai 1981 - Un rapport préparé par le Bureau de la politique de concurrence du ministère de la Consommation et des Corporations, portant sur le cartel de l'uranium des années 70, est complété et remis au Procureur général pour examen. Le rapport, non publié, indiquerait qu'au cours des années où ce cartel a été en opération, certaines dispositions de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions auraient été enfreintes. Le cartel était constitué du gouvernement fédéral, des compagnies canadiennes de mines d'uranium, des gouvernements et des compagnies minières de l'Australie, de l'Afrique du Sud et de la France, ainsi que de la compagnie Rio Tinto Zinc de Grande-Bretagne.

7 juillet 1981 - Les sociétés canadiennes productrices d'uranium, toutes membres du cartel, sont accusées de conspiration en vue d'influer indûment sur la concurrence au Canada. Le gouvernement fédéral nie par la suite que le cartel devait

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

s'appliquer au marché canadien et nie sa participation à toute entente à cet égard.

18 août 1981 - Le rapport de la Commission Kent (Commission royale d'enquête sur les quotidiens) est rendu public.

juillet et août 1982 - Des porte-parole du ministère de la Consommation et des Corporations et le ministre lui-même annoncent pour l'automne des modifications à la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions en vue de régir les fusionnements et les monopoles. Ces modifications renforceraient le rôle de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce en lui permettant de réprimer efficacement les abus des sociétés qui occupent une position dominante sur le marché.

mars et avril 1983 - Le Cabinet ayant approuvé en principe, en décembre 1982, le projet d'intervention législative dans le domaine de la concurrence, le ministre de la Consommation et des Corporations organise une série de consultations à ce sujet avec les principaux groupes du monde des affaires. On prévoit que le projet de loi nécessaire sera présenté au cours d'une nouvelle session du Parlement avant la fin de 1983.

9 décembre 1983 - Les accusations portées contre les sociétés Thomson Newspapers et Southam Inc. en vertu des dispositions sur les fusionnements et les monopoles de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions sont rejetées par le juge Anderson, de la Cour suprême de l'Ontario.

15 décembre 1983 - La Cour suprême du Canada rend un jugement statuant que les corporations de la Couronne fédérale qui auraient participé au cartel de l'uranium sont exonérées de toute responsabilité criminelle en vertu de l'article 32 de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions.

28 février 1984 - La Couronne décide de ne pas en appeler du rejet des accusations portées contre Thomson Newspapers et Southam Inc.

2 avril 1984 - Le projet de loi C-29, modifiant la législation sur les fusionnements et les monopoles, est adopté en première lecture à la Chambre

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

des communes, mais reste en plan au Feuilleton au moment du déclenchement des élections.

5 novembre 1984 - Dans le discours du trône, le gouvernement annonce qu'il déposera devant le Parlement des propositions en vue de modifier la législation sur la concurrence.

février et septembre 1985 - Le ministre fédéral de la Consommation et des Corporations rencontre ses homologues provinciaux et territoriaux pour discuter de la réforme de la politique en matière de concurrence.

mars 1985 - Le ministère de la Consommation et des Corporations publie un document de travail intitulé Réforme de la politique de concurrence du Canada.

septembre 1985 - La Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada (la Commission Macdonald) préconise une réforme de la réglementation concernant les fusionnements et les monopoles.

17 décembre 1985 - Le projet de loi C-91, qui modifie la législation touchant les fusionnements et les monopoles, est lu pour la première fois à la Chambre des communes.

19 juin 1986 - Le projet de loi C-91 entre en vigueur, à l'exception de ses articles 80 à 95.

15 juillet 1987 - Les articles 80 à 95 de la Loi sur la concurrence, portant sur l'avis préalable au fusionnement, entrent en vigueur.

BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

Brecher, Irving. Canada's Competition Policy Re-Visited: Some New Thoughts on an Old Story. Montréal, Institut de recherches politiques, 1982.

Chambre des communes, Comité permanent des finances, du commerce et des affaires économiques. Quatorzième Rapport. 2e session, 30e législature, 5 août 1977.

Commission royale d'enquête sur la concentration des entreprises. Rapport. Ottawa, mars 1978.

LIBRARY OF PARLIAMENT
BIBLIOTHÈQUE DU PARLEMENT

Conseil économique du Canada. Rapport provisoire sur la politique de la concurrence. Ottawa, juillet 1969.

Directeur des enquêtes et recherches, Loi relative aux enquêtes sur les coalitions. État de la concurrence dans l'industrie pétrolière au Canada. Ottawa, ministre des Approvisionnements et Services, 1981.

Gorecki, Paul K. et W.T. Stanbury. The Objectives of Canadian Competition Policy 1888-1983. Montréal, Institut de recherches politiques, juillet 1984.

Institut de recherches politiques. Competition Policy in Canada, Stage II, Bill C-13. Montréal, 1978.

Ministère de la Consommation et des Corporations. Propositions pour une nouvelle politique de concurrence pour le Canada - Deuxième étape. Ottawa, ministre des Approvisionnements et Services, 1977.

Ministère de la Consommation et des Corporations. Propositions en vue de modifier la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions - cadre de discussion. Avril 1980.

Sénat, Comité permanent des banques et du commerce. Rapport provisoire sur le bill C-42. 2e session, 30e législature, 6 juillet 1977.

Sénat, Comité permanent des banques et du commerce. Rapport sur le bill C-13. 3e session, 30e législature, 29 juin 1978.

Skeoch, Lawrence A. et Bruce C. McDonald. Évolution dynamique et responsabilité dans une économie de marché au Canada. Ottawa, ministère de la Consommation et des Corporations, mars 1976.

JURISPRUDENCE

R. c. British Columbia Sugar Refining Co. Ltd. (1960), 129 C.C.C. 7.

R. c. Canadian Breweries Ltd. (1960), 126 C.C.C. 133.

R. c. Canadian General Electric Co. Ltd. (1977), 75 D.L.R. (3d) 644.

R. c. Electric Reduction Company of Canada Ltd. (1970), 61 C.P.R. 235.

R. c. K.C. Irving Ltd., [1976] 2 R.C.S. 366, confirmant 62 D.L.R. (3d) 157 (C.A. N.-B.).